

# Duits Constitutioneel Hof zet verhoudingen in de Europese rechtsorde op scherp over de bevoegdheden van de ECB

Citation for published version (APA):

van der Sluis, M. (2020). Duits Constitutioneel Hof zet verhoudingen in de Europese rechtsorde op scherp over de bevoegdheden van de ECB: Bundesverfassungsgericht (Duits Constitutioneel Hof) 5 mei 2020, ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505.2bvr085915, 2 BvR 859/15 (PSPP). *Ars Aequi*, 69(10), 972-975. [AA20200972].

## Document status and date:

Published: 01/10/2020

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

# Duits Constitutioneel Hof zet verhoudingen in de Europese rechtsorde op scherp over de bevoegdheden van de ECB

Dr. M. van der Sluis\*

Bundesverfassungsgericht (Duits Constitutioneel Hof) 5 mei 2020, ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505.2bvr085915, 2 BvR 859/15 (*PSPP*)

Het *PSPP*-arrest van het Duitse Constitutioneel Hof (het Bundesverfassungsgericht, hierna BVerfG) gaat over twee juridische problemen. In de eerste plaats gaat het over de manier waarop de rechter de uitoefening van bevoegdheden door de Europese Centrale Bank (ECB) controleert. In de tweede plaats gaat het over de verhouding tussen het recht van de Europese Unie (EU) en nationaal recht. De uitspraak is vanzelfsprekend ook van belang voor het Duitse staatsrecht, maar dat wordt buiten beschouwing gelaten.

In 2015 lanceerde de ECB het Public Sector Purchases Program (PSPP). Onder PSPP worden staatsobligaties van de lidstaten uit de eurozone opgekocht met als officieel doel het aanjagen van de inflatie om zo de prijsstabiliteit te bewaken. Deflatie lag immers op de loer en dat zou een groter gevaar voor de prijsstabiliteit opleveren. Onder PSPP is inmiddels voor meer dan 2 biljoen euro aan staatsobligaties gekocht. Het opkopen van staatsobligaties is een controversieel instrument voor een centrale bank omdat het lijkt op monetaire financiering, waarbij een centrale bank een overheid helpt met de financiering van begrotingstekorten. Monetaire financiering kan leiden tot hoge inflatie. Voor de euro is afgesproken dat de taak van de ECB is om monetair beleid te voeren met als doel het bewaken van prijsstabiliteit<sup>1</sup> en dat het *direct* opkopen van staatsobligaties is verboden.<sup>2</sup> Onder PSPP worden de

staatsobligaties echter indirect, op de secundaire markt, gekocht. Private partijen kopen de staatsobligaties van de lidstaten en verkopen die dan aan de centrale bank. In 2017 stelde het BVerfG preliminaire vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ). Is PSPP eigenlijk nog wel te kwalificeren als monetair beleid, of komt het meer in de buurt van economisch beleid? En omzeilt PSPP niet het verbod op monetaire financiering? In december 2018 antwoordde het HvJ: PSPP is monetair beleid en is geen monetaire financiering.<sup>3</sup>

Met een dergelijke uitspraak van het HvJ is – volgens het EU-recht – de kous af. Op basis van artikel 267 VWEU is het immers aan het HvJ om te bepalen of EU-instellingen zich aan de regels hebben gehouden. Nationale rechters mogen niet op eigen houtje EU-recht buiten werking plaatsen omdat anders de uniformiteit van het EU-recht in gevaar komt. Volgens het BVerfG is deze regel echter niet absoluut. Volgens het BVerfG is het in de eerste plaats aan het HvJ om de Europese instellingen te controleren, maar het BVerfG kan op zijn beurt het HvJ controleren, en als dat nodig is, aan diens uitspraken voorbijgaan. In het verleden volgde het BVerfG echter altijd de uitspraken van het HvJ. De uitspraak van 5 mei 2020 ging over de vraag wat het BVerfG vond van de antwoorden van het HvJ op de vragen over PSPP.

\* Marijn van der Sluis is universitair docent Staatsrecht aan de Universiteit Maastricht.

1 Art. 127 VWEU.

2 Art. 123 VWEU.

3 HvJ EU 11 december 2018, ECLI:EU:C:2018:

1000, C-493/17, *Legal Issues of Economic Integra-*

*tion* (46) 2019, afl. 3, p. 263-284, m.nt. M. van der Sluis (Weiss).

### Kernoverwegingen:<sup>4</sup>

‘119. In its Judgment of 11 December 2018, the CJEU held that the Decision of the ECB Governing Council on the PSPP and its subsequent amendments were still within the ambit of the ECB’s competences. This view manifestly fails to give consideration to the importance and scope of the principle of proportionality (Art. 5(1) second sentence and Art. 5(4) TEU), which also applies to the division of competences, and is no longer tenable from a methodological perspective given that it completely disregards the actual effects of the PSPP. Therefore, the Judgment of the CJEU of 11 December 2018 manifestly exceeds the mandate conferred upon it in Art. 19(1) second sentence TEU, resulting in a structurally significant shift in the order of competences to the detriment of the Member States. To this extent, the CJEU Judgment itself constitutes an ultra vires act and thus has no binding effect (in Germany).

123. The CJEU’s approach to disregard the actual effects of the PSPP for the purposes of assessing the measure’s proportionality and to refrain from conducting an overall assessment and appraisal in this regard does not satisfy the requirements of a comprehensible review as to whether the ESCB and the ECB observe the limits of their monetary policy mandate. Applied in this manner, the principle of proportionality cannot fulfil its corrective function for the purposes of safeguarding the competences of the Member States, as provided for in Art. 5(1) second sentence and Art. 5(4) TEU. The interpretation undertaken by the CJEU essentially renders meaningless the principle of conferral set out in Art. 5(1) first sentence and Art. 5(2) TEU.

164. [...] Given that, for the reasons set out above, the Federal Constitutional Court cannot rely on the Weiss Judgment of the CJEU in this regard, it must conduct its own review to decide this preliminary question. Based on its own review, the Second Senate concludes that, due to the lack of sufficient proportionality considerations, Decision (EU) 2015/774 together with Decisions (EU) 2015/2101, (EU) 2015/2464, (EU) 2016/702 and (EU) 2017/100 are neither covered by the monetary policy competence of the ECB (Art. 127(1) first sentence TFEU) nor by its merely supporting competence regarding the Member States’ economic policies (Art. 127(1) second sentence TFEU).

165. A programme adopted by the ESCB for the purchase of government bonds, such as the PSPP, that has significant economic policy effects must satisfy the principle of proportionality. This requires that the programme constitute a suitable and necessary means for achieving the aim pursued; it further requires that the programme’s monetary policy objective and its economic policy effects be identified, weighed and balanced against one another. The PSPP’s monetary policy objective is in principle not (yet) objectionable. However, by pursuing that objective unconditionally while ignoring the economic policy effects resulting from the programme, the ECB manifestly disregards the principle of proportionality enshrined in Art. 5(1) second sentence and Art. 5(4) TEU. This violation of the principle of proportionality is structurally significant so that the actions of the ECB constitute an ultra vires act.

179. At present, it cannot yet be determined whether the Federal Government and the Bundestag did actually violate their responsibility with regard to European integration (Integrationsverantwortung) by failing to actively advocate for the termination of the PSPP. This determination is contingent upon a proportionality assessment by the Governing Council of the ECB, which must be substantiated with comprehensible reasons. In the absence of such an assessment, it is not possible to reach a conclusive decision as to whether the PSPP in its specific form is compatible with Art. 127(1) TFEU.

197. Nevertheless, the decisions on the adoption and implementation of the PSPP ultimately do not amount to a qualified violation of Art. 123(1) TFEU given that, based on a proper application of the criteria recognised by the CJEU, it is not ascertainable that the purchases under the PSPP manifestly circumvent the prohibition of monetary financing. It is true that the approach taken by the CJEU in Weiss renders some of these criteria practically meaningless; in an overall assessment, however, the remaining valid criteria still suffice to rule out a manifest circumvention of Art. 123(1) TFEU.’

### Noot

Het BVerfG is het dus oneens met de uitspraak van het HvJ over de legaliteit van PSPP. Aangezien het HvJ niet kijkt naar de (te verwachten) effecten van PSPP kan het HvJ niet beoordelen of PSPP proportioneel is en daarmee binnen de bevoegdheden valt. Daarmee is nog niet gezegd dat PSPP zelf buiten de bevoegdheden van de ECB valt. Daarover doet het BVerfG geen uitspraak, omdat het daarover onvoldoende informatie heeft. De ECB moet een nieuwe beslissing nemen, waarin de proportionaliteit van PSPP uiteengezet wordt. Het is aan de Duitse regering en parlement om te controleren of dat goed gebeurt. Als de ECB niet binnen drie maanden zo’n beslissing neemt, mag de Duitse centrale bank (de Bundesbank) niet meer deelnemen aan PSPP.

De uitspraak gaat dus in de eerste plaats over de grenzen van de bevoegdheden van de ECB en de rechterlijke controle daarop. De hoofdregels over de euro en de ECB zijn in 1993 vastgelegd in het Verdrag van Maastricht. Zo is de ECB onafhankelijk en moet zij bij het uitvoeren van het monetaire beleid streven naar prijsstabiliteit.<sup>5</sup> Economisch beleid bleef grotendeels de verantwoordelijkheid van de lidstaten, met uitzondering van de regels over excessieve overheidstekorten.<sup>6</sup> Tijdens de euro-crisis bleek dat de opzet van de euro niet goed werkte en ontstond het gevaar dat de eurozone uit elkaar zou vallen. De ECB beloofde toen de integriteit van de eurozone te bewaken door in te grijpen wanneer lidstaten vanwege financiële problemen uit de eurozone zouden moeten stappen.<sup>7</sup> Hierover stelde het BVerfG in 2014 vragen aan het HvJ. Ging deze belofte niet voorbij aan het mandaat van de ECB om de prijsstabiliteit te bewaken? Het HvJ beantwoordde deze vraag in 2015 negatief, en zette daarbij voor het eerst uiteen hoe het beleid van de ECB door de rechter gecontroleerd zal worden.<sup>8</sup>

De vragen van het BVerfG over PSPP in 2017 aan het HvJ waren het vervolg op deze uitspraak. In deze vragen stond centraal het onderscheid tussen monetair en economisch beleid. De ECB is alleen bevoegd tot monetair beleid, dus als het economisch beleid zou voeren, trad het buiten zijn bevoegdheden. Om dit onderscheid te bewaken kijkt het HvJ in zijn antwoorden op de vragen van

4 Dit is een officieuze vertaling van de uitspraak die door het BVerfG zelf is gepubliceerd. Voor de leesbaarheid zijn sommige verwijzingen hier weggelaten.

5 Art. 127 en 130 VWEU.

6 Art. 126 VWEU.

7 Toenmalig ECB-president Draghi verwoordde dat als volgt: ‘Within our mandate, the ECB is ready to do whatever it takes to preserve the euro. And believe me, it will be enough.’ Draghi, speech van 26 juli 2012, Londen, beschikbaar via [www.ecb.europa.eu/press/key/date/2012/html/sp120726.en.html](http://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2012/html/sp120726.en.html).

en.html.

8 HvJ EU 16 juni 2015, ECLI:EU:C:2015:400, C-62/14, *European Constitutional Law Review* (11) 2015, afl. 3, p. 563-576, m.nt. A. Hinarejos (Gauweiler).

het BVerfG naar het doel van het instrument en het type instrument.<sup>9</sup> Aangezien het doel van PSPP is om bij te dragen aan prijsstabiliteit en gericht is op het kopen van obligaties (een standaard monetair instrument), ziet het HvJ PSPP als monetair beleid.

Hier gaat het BVerfG dus niet in mee. Het beschuldigt het HvJ ervan te weinig kritisch naar het handelen van de ECB te kijken. Waar het HvJ van mening is dat de onafhankelijkheid van de ECB moet leiden tot een terughoudende rol van de rechter, draait het BVerfG deze redenering om: juist omdat de ECB zo onafhankelijk is, moet een rechter de grenzen van het mandaat streng controleren.<sup>10</sup> Het onderscheid tussen economisch en monetair beleid is dan van cruciaal belang in het bewaken van de bevoegdheden van de lidstaten. Als daarbij alleen wordt gekeken naar het officiële doel van een maatregel en de gekozen instrumenten, kan de ECB de grenzen van zijn mandaat omzeilen. Het BVerfG vindt het daarom onbegrijpelijk dat het HvJ niet heeft gekeken naar de gevolgen van PSPP. Volgens het BVerfG heeft PSPP grote gevolgen voor fiscaal beleid, pensioenen, de kredietwaardigheid van banken en bedrijven en voor burgers (bijvoorbeeld spaarders of huizenbezitters).<sup>11</sup> Dit zijn typische onderwerpen van economisch beleid. Om te kijken of PSPP daarom niet als economische maatregel gekwalificeerd moet worden, moeten de economische effecten worden afgewogen tegen de monetaire effecten. Als de economische effecten zwaarder wegen dan de monetaire effecten, zou PSPP buiten het monetaire mandaat van de ECB vallen. Door een dergelijke proportionaliteitstoets achterwege te laten, heeft het HvJ haar juridische taak verzuimd.

De kritiek van het BVerfG op de uitspraak van het HvJ is begrijpelijk. De manier waarop het HvJ het handelen van de ECB beoordeelt is inderdaad ongeschikt om het mandaat goed te controleren.<sup>12</sup> Daar staat tegenover dat de manier die het BVerfG voorstelt om de ECB te controleren ook niet erg praktisch is. Wanneer wegen economische effecten zwaarder dan monetaire effecten? Om dat te bepalen moet vooraf worden aangegeven welke economische effecten relevant zijn en hoe die effecten gewogen moeten worden. Hierover bestaat grote verdeeldheid onder economen.<sup>13</sup> Bovendien is het ook maar de vraag in hoeverre rechters voldoende inzicht hebben in monetair beleid om de gevolgen daarvan correct te kunnen identificeren. Besluitvorming in monetair beleid gebeurt onder andere op basis van econometrische modellen waar maar weinig juristen kaas van hebben gegeten. Kortom, het BVerfG stelt een nieuwe juridische toets voor, zonder daarvan zelfs in brede zin de kenmerken te beschrijven en zonder enkele basale problemen te adresseren.

Aangezien zowel de aanpak van het HvJ als die van het BVerfG problematisch zijn, lijkt het dieperliggende probleem te zijn dat bij het Verdrag van Maastricht onvoldoende is nagedacht over de rol van de rechter in monetaire integratie.<sup>14</sup> Door de afspraken over de euro en de ECB in de EU-verdragen vast te leggen, kunnen de regels slechts met instemming van alle lidstaten worden gewijzigd. Als de regels dan na enige tijd niet aan de verwachtingen voldoen en de lidstaten geen overeenstemming kunnen bereiken over een nieuwe toekomst voor de euro moeten de ECB en de rechterlijke macht tijdens crises creatief omgaan met de regels. De problemen van de euro worden op het bordje van de rechter gelegd omdat het opzettelijk erg moeilijk is gemaakt om politieke oplossingen te vinden.

### Het einde van constitutioneel pluralisme?

Het BVerfG is lange tijd omschreven als de hond die wel blaft, maar niet bijt. Decennialang hield het BVerfG vol het laatste woord te hebben over de doorwerking en voorrang van Europees recht in de Duitse constitutionele orde, terwijl in de praktijk het Europees recht werd toegepast in lijn met de uitleg van het HvJ. De weerstand van het BVerfG wordt overigens in meer of mindere mate door verschillende constitutionele hoven in de EU gevolgd.<sup>15</sup> De patstelling tussen het HvJ en deze nationale hoven wordt constitutioneel pluralisme genoemd, waarbij er geen duidelijke hiërarchie is tussen verschillende rechtsbronnen.<sup>16</sup> Het HvJ claimt op basis van de verdragen de enige te zijn die Europese rechtshandelingen ongeldig kan verklaren. Het BVerfG stelt daar tegenover dat EU-recht slechts werkt in de Duitse rechtsorde op grond van de EU verdragen en dat die verdragen daarmee ook de grenzen aangeven van die doorwerking. Als het HvJ het laatste woord zou hebben over de grenzen van de bevoegdheden, zou de beperkte bevoegdheidsoverdracht haar effectiviteit verliezen.

De discussie over de aard van (het recht van) de Europese Unie en de rolverdeling tussen de verschillende hoven was lange tijd voornamelijk theoretisch van aard; in de praktijk volgden de nationale hoven de jurisprudentie van het HvJ over de geldigheid en werking van het EU-recht. Het HvJ luisterde op zijn beurt naar de ontwikkelingen en bezwaren op nationaal niveau. Deze rechterlijke dialoog stond de afgelopen jaren echter onder druk. Onder andere in Denemarken en Tsjechië weigerden nationale rechters uitvoering te geven aan (heldere) uitspraken van het HvJ.<sup>17</sup> In die gevallen ging het om specifieke en relatief geïsoleerde aspecten van regels in de interne markt. De hier

9 HvJ EU 11 december 2018, r.o. 53-70.

10 BVerfG 5 mei 2020, r.o. 143.

11 BVerfG 5 mei 2020, r.o. 171-175.

12 Zie ook M. Dawson & A. Bobic, 'Quantitative Easing at the Court of Justice – Doing whatever it takes to save the euro: Weiss and Others', *Common Market Law Review* (56) 2019, afl. 4, 1005-1040.

13 L. Bini Smaghi, 'The Judgment of the German Constitutional Court is incomprehensible', *Luiss*

School of European Political Economy, Policy Brief 25/2020.

14 M. van der Sluis, 'Oorzaken en gevolgen van de uitspraak van het Duitse Constitutioneel Hof over PSPP' (Schriftelijke opinie voor de Vaste commissie voor Financiën van de Tweede Kamer der Staten-Generaal), 8 juni 2020, beschikbaar via [www.tweedekamer.nl](http://www.tweedekamer.nl).

15 D. Paris, 'Limiting the Counter-Limits. National Constitutional Courts and the Scope of the

Primacy of EU Law', *The Italian Journal of Public Law* (10) 2018, afl. 2, 205-225.

16 M. Kumm, 'The moral point of constitutional pluralism', in: J. Dickson & P. Eleftheriades (red.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford: Oxford University Press 2012.

17 J. Bacquero Cruz, *What's Left of the Law of Integration? Decay and Resistance in European Union Law*, Oxford: Oxford University Press 2018, hoofdstuk 3.

becommentarieerde uitspraak van het BVerfG is van een andere aard, nu het hier gaat over de hoofdregels van de euro en de uitspraak mede bedoeld lijkt om een verandering teweeg te brengen in de jurisprudentie van het HvJ omtrent de euro. De uitspraak is dus een escalatie van het conflict, al kan de verantwoordelijkheid daarvoor niet geheel bij het BVerfG worden gelegd. De balans tussen de hoven was immers ook het gevolg van de welwillendheid van het HvJ om naar de bezwaren van de nationale hoven te luisteren. In de uitspraak van het HvJ over PSPP uit 2018 ontbrak die welwillendheid.

De vraag is hoe nu verder. Op korte termijn lijken de gevolgen van de uitspraak te overzien. Aan de eis van het BVerfG dat de ECB opnieuw naar de proportionaliteit van PSPP moet kijken is intussen voldaan.<sup>18</sup> Het mag geen verbazing wekken dat de ECB vindt dat PSPP proportioneel is. Meer problemen zijn te voorzien bij andere monetaire programma's van de ECB. Zo lanceerde de ECB al vroeg in de coronacrisis het Pandemic Emergency Purchases Programme (PEPP), waarmee ook staatsobligaties worden gekocht.<sup>19</sup> Bovendien gaf de ECB daarbij aan om, waar nodig, flexibel om te gaan met de randvoorwaarden van

het programma, zoals de belofte om niet meer dan 30% van het totaal uitstaande obligaties van een land te kopen. Bij PSPP waren dezelfde randvoorwaarden van toepassing en ze vormden onderdeel van de redenering van het HvJ dat PSPP niet het verbod op monetaire financiering schendt.<sup>20</sup> Het BVerfG gaat echter een stap verder en stelt dat die voorwaarden cruciaal zijn voor PSPP om binnen de grenzen van artikel 123 VWEU te blijven.<sup>21</sup> Als de ECB dus inderdaad flexibel omgaat met de randvoorwaarden van PEPP, lijkt een nieuwe ronde van de 'dialogo' in de maak.

De uitspraak van het BVerfG is door veel experts van Europees recht kritisch ontvangen.<sup>22</sup> De uitspraak zou de Europese rechtsorde ondermijnen, juist op het moment dat vanuit Polen en Hongarije via een andere route de Europese rechtsorde onder druk wordt gezet.<sup>23</sup> Een onmiddellijke reactie vanuit de Europese Commissie, bijvoorbeeld door middel van het starten van een inbreukprocedure,<sup>24</sup> is vooralsnog uitgebleven. Dat is ook wel verstandig, aangezien onduidelijk is hoe een conflict tussen het HvJ en Commissie enerzijds en het BVerfG anderzijds zou kunnen worden opgelost. Dan is het beter om af te wachten en de volgende zet aan het BVerfG te laten. ■

18 Y. Mersch, 'In the spirit of European cooperation', speech bij het Salzburg Global webinar op 2 juli 2020, beschikbaar via [www.ecb.europa.eu](http://www.ecb.europa.eu).

19 S. Grund, 'Legal, compliant and suitable: The ECB's Pandemic Emergency Purchase Programme', Hertie School, Policy Brief 25 maart 2020.

20 HvJ EU 11 december 2018, r.o. 125-126.

21 BVerfG 5 mei 2020, r.o. 217.

22 Zie bijvoorbeeld C. Timmermans, 'Wie handelt er ultra vires? Bundesverfassungsgericht vs EU Hof van Justitie', *NJB* 2020, afl. 25, 1791-1795.

23 R.D. Kelemen, P. Eeckhout, F. Fabbrini, L. Pech

& R. Uitz, 'National Courts Cannot Override CJEU Judgments – A Joint Statement in Defense of the EU Legal Order', *Verfassungsblog* 26 mei 2020, <https://verfassungsblog.de/national-courts-cannot-override-cjeu-judgments/>.

24 Art. 258 VWEU.